



Dirección:  
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:  
Francisco Pleite Guadamillas



PUBLICACIONES AJFV  
SERIE:  
BOLETINES JURÍDICOS

ISSN: 2605-2776

[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

Síguenos en:



# BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

NÚMERO 26 . SEPTIEMBRE 2018

01

**La expulsión de los extranjeros que cometan delitos dolosos castigados con pena privativa de libertad superior a un año: la controvertida limitación del ámbito de aplicación del art. 57. 2 de la ley de extranjería.**

José Javier Oliván del Cacho  
Magistrado

02

**¿qué hacemos con un asunto pendiente de sentencia ante el órgano de instancia de lo contencioso contra el que no quepa recurso ordinario, si sabemos que el tribunal supremo está pendiente de pronunciarse sobre la misma cuestión jurídica?**

Jorge Riestra Sierra  
Magistrado

01

## LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS QUE COMETAN DELITOS DOLOSOS CASTIGADOS CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO: LA CONTROVERTIDA LIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 57. 2 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2018, número de procedimiento 1321/2017, Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde).

José Javier Oliván del Cacho

Magistrado

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo, aplicando la nueva regulación en materia de casación (que ha reforzado su función creadora de doctrina jurisprudencial), se ha pronunciado sobre la interpretación de una de las causas de expulsión de los ciudadanos extranjeros que se encuentran en España. En concreto, el Alto Tribunal ha abordado la interpretación del art. 57. 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo que sigue, Ley Orgánica 4/2000).

**VOCES:** extranjería, causas de expulsión, condena penal, pena en concreto, pena en abstracto, interés casacional.

I.- Planteamiento. II.- La situación de partida. III.- La argumentación del Tribunal Supremo. IV.- Los votos particulares. V.- Final.

### I.- Planteamiento

El Tribunal Supremo, aplicando la nueva regulación en materia de casación (que ha reforzado su función creadora de doctrina jurisprudencial), se ha pronunciado sobre la interpretación de una de las causas de expulsión de los ciudadanos extranjeros que se encuentran en España. En concreto, el Alto Tribunal ha abordado la interpretación del art. 57. 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo que sigue, Ley Orgánica 4/2000), que dice así:

*“Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en*

*nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.*

Como se ha anunciado en el título de este comentario, el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación muy restrictiva de este precepto mediante una decisión que merece la pena comentar.

## **II.- La situación de partida.**

El debate existente en las Salas territoriales sobre la correcta interpretación del art. 57. 2 de la Ley Orgánica 4/2000 giraba en torno a si era exigible que existiera una sentencia en la que se hubiera condenado, por la comisión de un delito doloso, a pena privativa de libertad superior a un año o si, por el contrario, era posible acordar la expulsión cuando el ciudadano extranjero hubiera sido condenado a una pena inferior, pero por la comisión de un delito que podía ser castigado, de modo abstracto, a una pena superior al año.

La Sentencia recurrida en Casación, dimanante de la Sala de Sevilla, se acogía a la última alternativa enunciada, puesto que había ratificado la Sentencia del Juzgado de la misma sede, en la que se había confirmado la expulsión del ciudadano extranjero, como consecuencia de haber sido condenado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Sevilla como autor criminalmente responsable de un delito de atentado a agente de la autoridad, previsto en los artículos 550 y 551 del Código Penal (en concurso con una falta de lesiones y una falta de daños), sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de ocho meses de prisión. La expulsión sería posible en función de que la pena máxima aplicable a este tipo delictivo superara el año de privación de libertad, de acuerdo con lo que razonaba la Sentencia de la Sala de Sevilla:

*“(…) esta Sala de Sevilla ha sostenido en sentencias de 3 de junio de 2013, apelación 103/2013, de la Sección 1ª (aportada en el acto de celebración del juicio), y 2 de octubre de 2014, apelación 277/2014, de la Sección 2ª, que la duración de la pena privativa de libertad debe entenderse referida a la pena en abstracto y no a la efectiva condena*

*privativa de libertad impuesta, pues la norma usa el vocablo ‘delito’ sin mencionar la acción concreta castigada y porque de haber querido el legislador que se atendiese a la pena en concreto impuesta entonces no hubiera aludido al delito sancionado sino a la conducta dolosa sancionada”.*

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de la Sala de Sevilla, fue recurrida en casación, con una argumentación en la que se reivindicaba que, para que fuera pertinente la expulsión, se precisaría la existencia de una condena privativa de libertad superior a un año. En este sentido, el propio Tribunal Supremo se preocupa de dejar plasmada la argumentación de la parte recurrente en casación:

*“a) La interpretación de la pena en concreto se ajusta más al espíritu de nuestro Ordenamiento jurídico –que no especifica- y al de las Directivas comunitarias aplicables (Directiva 2001/40/CE de 28 de mayo de 2001), que el Tribunal Constitucional ha interpretado (en relación con el artículo 57. 2 de la LOEX) en la STC 186/2013, de 4 de noviembre.*

*b) En relación con lo anterior, apela a que la conducta del sancionado debe tomar en consideración el reproche penal concreto efectuado, es decir, la pena concreta impuesta.*

*c) Considera que esa –la condena concreta del extranjero en los Estados Miembros de la Unión Europea- es la interpretación que se desprende de lo establecido en el artículo 3 de la mencionada Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, así como del artículo 27. 2 de la Directiva 200/28/CE.*

*d) El recurrente, igualmente, hace referencia a la eficacia negativa de la cancelación de los antecedentes penales en el inciso final del precepto, para lo cual se tiene en cuenta la concreta pena impuesta y no la condena en abstracto, apelando a la misma ‘vara de medir’ y recordando que la cancelación se produce (artículo 136 del Código Penal) en función de la duración de la condena impuesta.*

*e) También se alude a la vulneración –con la interpretación realizada por la Sala de instancia- del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la CE, por la falta de motivación y de*

*acreditación de la concurrencia de los presupuestos exigidos para la aplicación del artículo 57. 2 de la LOEX, por la falta de valoración del artículo 57. 5 (que contempla los supuestos en los que la sanción de expulsión no resulta posible) y, en fin, por la falta de ponderación de las circunstancias personales del recurrente.*

*f) Por último, señala que la interpretación de la referencia a la pena concreta es la utilizada por la jurisdicción penal cuando sustituye una pena de prisión por expulsión, no aplicando las penas concretas inferiores a un año, tachando, por ello de incongruente con ello la interpretación de la Sala de instancia”.*

Nótese, por tanto, que, según es de ver en la anterior transcripción, por la parte recurrente en casación se reivindicaba que debía atenderse a la pena concreta impuesta y a si ésta era superior a la condena de un año de privación de libertad.

Frente a ello, según se dice en la propia Sentencia del Tribunal Supremo, se defendió una interpretación literal del art. 57. 2 de la Ley Orgánica 4/2000 por parte de la Abogacía del Estado.

### **III.- La argumentación del Tribunal Supremo.**

El Alto Tribunal, tras recoger las posiciones de las partes, dedica el fundamento jurídico cuarto a exponer las tomas de posición de los Tribunales Superiores de Justicia, según coincidan (o no) con el planteamiento de la Sentencia objeto del recurso de casación, mediante la transcripción de apartados de tales pronunciamientos.

Seguidamente, el Tribunal Supremo se ratifica en la concurrencia de interés casacional, de acuerdo con lo que ya se resolvió mediante Auto de 26 de junio de 2017, dimanante de la Sección Primera de la Sala Tercera; interés casacional que se concretó del siguiente modo:

*“Si el artículo 57. 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en concreto, su inciso ‘delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año’ debe ser interpretado en el sentido de que se*

*refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente o bien a la pena efectivamente impuesta en el caso concreto”.*

A continuación, se efectúa un estudio del art. 57. 2 desde un punto de vista sistemático, al relacionarlo con otros apartados del mismo precepto y recordar su inclusión dentro del Título III, denominado “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”.

En función de la anterior interpretación sistemática, se asume la tesis que toma como elemento central la referencia a la pena abstracta, toda vez que:

*“Se trata, pues, de una infracción objetiva en la que la valoración subjetiva de los hechos determinantes de la condena penal ya fue realizada por el Tribunal penal, y tal valoración –con el juego de grados, atenuantes o conformidades- pudo dar lugar a una concreta pena privativa de libertad inferior al año; pero tal valoración subjetiva no le corresponde realizarla –de nuevo- a la Administración en el momento de la imposición de la sanción de expulsión, ya que el legislador sólo ha habilitado a la misma para la comprobación de que el delito, por el que el extranjero fue condenado, está sancionado, en el Código Penal español, con una pena privativa de libertad superior a un año”.*

Y, más adelante, se añade que, con ello, se evitaría que un extranjero fuera expulsado en función de la imposición de una condena por la comisión de un delito castigado con pena privativa de libertad no superior a un año, en función del juego de las agravantes que pudieran ser aplicables.

Asimismo, se trae a colación un argumento vinculado al Derecho europeo, dado que, según afirma el Alto Tribunal, el precepto estudiado ha sido objeto de trasposición de normativa europea “que no admite interpretaciones concretas en el ámbito de cada Ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro”.

Una vez asumida una posición favorable a la consideración de la pena abstracta, se hace lo que el Tribunal Supremo califica como una

“modulación” o “matización” de lo hasta ese momento resuelto, ya que, para que pueda justificarse la expulsión, la pena ha de ser superior a un año en todo su espectro sancionador. Y ello a pesar que viene a reconocerse que existe una falta de coincidencia entre la legislación estatal y la europea del siguiente modo:

*“Es cierto que la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, contempla (artículo 3) la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales entre otros casos en el supuesto –como el del artículo 57. 2 de la LOEX- de condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro (...) a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año, pero el legislador español ha exigido la ‘pena privativa de libertad superior a un año’.”*

Esta tesis, asumida por la mayoría de la Sección 5ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lleva a anular la resolución de expulsión del ciudadano extranjero al tener prevista una pena no superior a un año en su límite mínimo, ya que, de acuerdo con la doctrina que se fija, el inciso “delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año” ha de ser “interpretado en el sentido de que el precepto se refiere a la pena prevista en abstracto del Código Penal para el delito correspondiente, si bien, sólo en aquellos supuestos en los que la totalidad de la pena establecida en el Código Penal sea ‘una pena privativa de libertad superior a un año’, esto es, excluyendo aquellos delitos en los que, con independencia del máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, es de un año o menos”.

#### **IV.- Los votos particulares.**

De la opinión mayoritaria, discreparon dos Magistrados que emitieron los correspondientes votos particulares, de los que conviene dar cuenta a continuación.

El primero de ellos fue suscrito por el propio Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde y se basó, esencialmente, en las consecuencias de otorgar naturaleza sancionadora a la expulsión prevista en el art. 57. 2 de la Ley Orgánica 4/2000, lo que obligaría, según su razonamiento, a atender a la pena concreta impuesta y a que ésta fuera superior a la privación de libertad durante un año.

También, a favor de la necesidad de fijarse en la pena concreta, se suscribió el segundo voto particular a cargo del Excmo. Sr. D. José Suay Rincón, en el que se abraza esta tesis, pero sin vincularla a la calificación de la expulsión como sanción administrativa<sup>1</sup>.

### **V.- Final.**

Lo primero que llama la atención es que el Tribunal Supremo no valore (al menos, expresamente) la conformidad a Derecho de la tesis que subyace en la Sentencia casada, ya que la Sala de Sevilla, si bien se fija en la pena abstracta, no exige que el límite mínimo de la pena supere la privación de libertad durante un año. En efecto, el Tribunal Superior Justicia de Andalucía confirmó la resolución de expulsión con base en que el delito por el que fue condenado el actor estaba castigado con pena privativa de libertad superior a un año en su límite potencial máximo, siendo irrelevante que la pena mínima fuera inferior y que, incluso, la pena concreta no superara la privación de libertad durante un año. De este planteamiento se aparta el Alto Tribunal mediante una interpretación diferente de la regulación estudiada en estas líneas. Y es que, a la vista de la literalidad del art. 57. 2, podría pensarse que el Alto Tribunal viene a incorporar un requisito no previsto en la norma para dar curso a la expulsión. En efecto, el art. 57. 2 sólo requiere que el extranjero haya sido condenado por delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año, pero no, y esto es muy relevante, que la pena mínima prevista para este delito sea superior a un año de

---

<sup>1</sup> Este Magistrado, que reúne además la condición de Catedrático de Derecho Administrativo, es autor de una monografía en materia sancionadora titulada *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, con prólogo del profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ.



privación de libertad. Se ha introducido, por tanto, un requisito no contemplado en la normativa al menos expresamente.

Por añadidura, las normas europeas no favorecen una interpretación orientada a la exigencia de que la pena mínima sea superior a un año de privación de libertad. En efecto, en la misma Sentencia se acepta que la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, se separa de la opción legislativa contenida en el art. 57. 2, en la interpretación que se asume en la Sentencia, lo que se justifica en función de la posibilidad del legislador nacional de establecer una diferente delimitación de las circunstancias que justifican la expulsión.

En este sentido, hay que partir de que, en efecto, el art. 3 de la Directiva parte de una concepción más abierta que el art. 57. 2 (en la interpretación de la Sentencia comentada), definiendo las expulsiones dimanantes de una conducta con incidencia en el orden público del siguiente modo:

*“1.- La expulsión a que se refiere el art. 1 concierne a los siguientes casos:*

*a.- El nacional de un tercer país es objeto de una decisión de expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales y adoptada en los casos siguientes:*

*- . condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a una causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año.*

*- . Existencia de sospechas fundadas de que el nacional de un tercer país ha cometido hechos punibles graves o existencia de indicios reales de que tiene la intención de cometer tales hechos en el territorio de un Estado miembro.”*

Puede decirse, por tanto, que la interpretación del art. 57. 2 que efectúa nuestro Alto Tribunal se aleja de la noción europea de este tipo de expulsión, que es mucho menos limitativa, al incorporar referencias a una pena abstracta sin expresos límites mínimos de condena

(“infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año”) y, de modo alternativo, una suerte de concepto jurídico indeterminado (“existencia de sospechas fundadas de que el nacional de un tercer país ha cometido hechos punibles graves o existencia de indicios reales de que tiene la intención de cometer tales hechos en el territorio de un Estado miembro”).

Esta separación de la regulación europea plantea una posible oposición con los planteamientos de la Directiva, cuando se refiere a la “expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales y adoptada”. Ello resulta especialmente cierto si se repara en el importante número de delitos que pueden dar lugar a una pena concreta elevada, pero cuyo límite mínimo no supera el año de privación de libertad. De ahí que puedan existir múltiples conductas objeto de reproche penal que, a pesar de que con obviedad inciden muy negativamente en el orden público, no puedan ser objeto de expulsión, una vez dictada la Sentencia analizada.

Parece, por tanto, y aunque la cuestión resulta discutible (así las tesis del Magistrado Francisco Pleite Guadamillas), que existirían elementos favorables a una posición distinta de la sustentada por la mayoría de los Magistrados, puesto que, de otro modo, múltiples conductas que supongan una "amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales" (parafraseando el tenor de la Directiva) no podrán justificar una resolución de expulsión, en aplicación del art. 57. 2 de la Ley Orgánica 4/2000<sup>2</sup>. Tal circunstancia podrá suponer, además, la aplicación de un régimen más severo a la hora de adoptar decisiones de expulsión respecto a los ciudadanos de la Unión Europea, que se justifican en función de la precitada amenaza al orden público en los términos previstos en la reglamentación específica, pero sin exigir que el delito por el que ha sido condenado el ciudadano

---

<sup>2</sup> Téngase en cuenta, por ejemplo, el art. 178 del Código Penal, que contiene la siguiente tipificación:

*“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.*

extranjero tenga un límite mínimo consistente en una pena privativa de libertad superior a un año.

De ahí que, desde el máximo respeto a la difícil labor del Alto Tribunal, pueda propugnarse una solución interpretativa diferente a la sustentada por la mayoría de los Sres. Magistrados que dictaron la Sentencia o que, en su caso, se promueva una reforma del art. 57. 2 de la Ley Orgánica 4/2000, que sea coherente con el carácter más abierto de la Directiva europea, lo que permitiría, por añadidura, abordar las situaciones (de cierta frecuencia en la práctica) de condenas en una misma Sentencia (o en varias) por la comisión de dos o más delitos que, aisladamente, no alcanzan una pena privativa de libertad superior a un año, pero que si se suman superan con creces el año de privación de libertad<sup>3</sup>.



---

<sup>3</sup> En estas líneas, no se trata el problema de la aplicación del art. 57. 2 de la Ley Orgánica 4/2000 a los ciudadanos extranjeros que cuenta con autorización de residencia de larga duración, en cuyo caso la expulsión no es automática, sino que la Administración (y, luego, en su caso, el Tribunal) debe realizar la valoración que contempla el art. 57. 5 b) de la misma norma. No obstante, sería decisiva la doctrina presente en la Sentencia comentada a los efectos de establecer la aplicabilidad de este precepto, en función de la pena mínima prevista para el delito cometido, sin perjuicio de la ulterior valoración a la que nos hemos referido para el caso de que efectivamente fuera posible acordar la expulsión.

Precisamente, sobre la defectuosa redacción del régimen aplicable a la expulsión de los residentes de larga duración (y a las contradicciones que había provocado) me referí en mi trabajo “¿Puede dictarse una resolución administrativa de expulsión a ciudadanos extranjeros con residencia de larga duración si cometen delitos? (A propósito de la posición de la Sala de Burgos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León”, en GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo (Coordinadores), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández, I*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 1853-1860.

## ¿QUÉ HACEMOS CON UN ASUNTO PENDIENTE DE SENTENCIA ANTE EL ÓRGANO DE INSTANCIA DE LO CONTENCIOSO CONTRA EL QUE NO QUEPA RECURSO ORDINARIO, SI SABEMOS QUE EL TRIBUNAL SUPREMO ESTÁ PENDIENTE DE PRONUNCIARSE SOBRE LA MISMA CUESTIÓN JURÍDICA? SUSPENDER O NO SUSPENDER EN LA INSTANCIA ANTES DE SENTENCIA

Jorge Riestra Sierra

Magistrado-Juez

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº4 de Santa Cruz de Tenerife

**RESUMEN:** El autor reflexiona sobre la ausencia de una norma que permita la suspensión del procedimiento en aquellos casos en los que se tiene constancia de que el Tribunal Supremo está conociendo de una cuestión jurídica idéntica a la que se plantea ante un Juzgado de Instancia contra cuya resolución no cabe recurso ordinario.

**VOCES:** jurisprudencia, interés casacional, recurso contencioso, primera instancia, suspensión del procedimiento, seguridad jurídica.

### ARTÍCULO

El nuevo recurso de casación contencioso administrativo por interés casacional objetivo nos ofrece una novedad: el auto de admisión, que precisará la cuestión o cuestiones de derecho de interés casacional objetivo, con identificación de la norma o normas jurídicas que, en principio, sean objeto de interpretación (art. 90.4 LJCA), sobre las que la Sala 3ª tiene que pronunciarse y proporcionar doctrina jurisprudencial. Este auto lo dicta la Sección de Admisiones de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, prevista en el art. 90.2 LJCA.

Hoy en día la intranet del CGPJ publica listados de autos de admisión de recursos de casación por interés casacional objetivo, de manera que es posible detectar si la Sala 3ª del Tribunal Supremo admite un recurso de casación sobre determinada cuestión, mientras en los Juzgados y Salas de lo Contencioso Administrativo, están

tramitando asuntos sobre iguales situaciones jurídicas y que piden igual razón de decidir<sup>1</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, este nuevo recurso de casación por interés casacional objetivo permite que el Tribunal Supremo resuelva sobre la aplicación de normas no derogadas, como ocurría hasta hace no mucho, y en un tiempo razonable, de manera que retroalimente no sólo a pleitos futuros, sino también a los que están en trámite en las instancias; y que se sepa lo que va a resolver.

Entonces, si es posible saber de antemano que en pocos meses el Tribunal Supremo va a resolver igual cuestión jurídica que la que está encima de la mesa del juez o sala de instancia para dictar sentencia, se abre la posibilidad de suspender el dictado de la sentencia, dando audiencia a las partes con referencia del auto de admisión del Tribunal Supremo que centra la cuestión jurídica sobre la que se va a pronunciar, y que es coincidente con la del asunto de la instancia. El hecho que lo cambia todo es la posibilidad de que todos los Juzgados y Salas de lo Contencioso y las partes, puedan de conocer qué va a resolver el Tribunal Supremo en un tiempo próximo.

Se abre una posibilidad de certeza jurídica próxima en el tiempo en la resolución de los asuntos en la instancia, si se sabe que el Tribunal Supremo se va a pronunciar sobre una determinada cuestión jurídica, lo que proporciona seguridad jurídica para las partes, al ser predecible una igual respuesta judicial a asuntos iguales.

De no suspender antes de que el Tribunal Supremo resuelva un recurso de casación sobre la misma cuestión jurídica, en el caso de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo puede dar lugar a que su sentencia contenga «doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y susceptible de extensión de efectos», en los términos del art. 83.1 LJCA. ¿No sería bueno evitarlo con un tiempo de espera razonable? Recordemos que hasta 30.000,01 € no cabe apelación.

---

<sup>1</sup> Se puede encontrar la lista de recursos admitidos en la intranet de [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). Véase, <https://www3.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Recurso-de-Casacion-Contencioso-Administrativo--L-O--7-2015-/Listado-de-recursos-admitidos-a-tramite/>

## II. La postura

En este comentario se propone suspender el curso del procedimiento contencioso en la instancia, una vez concluida la prueba una vez detectado un auto de admisión de recurso de casación por interés casacional objetivo sobre la misma cuestión jurídica, de igual manera que las cuestiones prejudiciales, cuando tenga notoria influencia en el pleito.

El presente comentario es favorable a suspender basándome en los siguientes argumentos:

1. El sentido útil de la regulación del recurso de casación por interés casacional objetivo y de la propia existencia del Tribunal Supremo: ¿qué mejor utilidad de la doctrina jurisprudencial que llegue lo antes posible a las instancias y determine sus resoluciones? Es innegable que hoy en día los Juzgados de lo Contencioso pueden aplicar en 2018 doctrina jurisprudencial de 2018, o doctrina jurisprudencial que se sabe que está próxima a ser dictada. Ello conecta con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla su función nomofiláctica, como un instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad de la aplicación judicial del derecho, que pretende el legislador y así lo expresa en el epígrafe XII del preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015.

2. La certidumbre y la seguridad jurídica: ¿cuál de las partes se va a oponer a que el juez suspenda unos meses el dictado de una sentencia al saberse que el Tribunal Supremo va a proporcionar doctrina sobre la misma situación jurídica? Evidentemente, la parte que litiga de buena fe entenderá que es beneficiosa la espera.

3. Ofrece la garantía de acierto (tanto acierto como el Tribunal Supremo), o la posibilidad de que las partes dispongan de la terminación del procedimiento mediante un desistimiento o de una satisfacción extraprocesal.

Como ejemplo de actualidad, tenemos la situación de río revuelto del alcance de la expulsión del ordenamiento jurídico por parte de la STC 59/2017 de determinados preceptos del TRLHL, sobre el impuesto de plusvalía. Acaba de ser dictada la STS 3ª de 9 de julio de 2018 (rec. 6226/2017), y vendrán más resoluciones, teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo ha admitido más recursos en esta materia, entre ellos los siguientes: recurso nº 4545/2017, admitido por Auto de 21 de diciembre de 2017; recurso nº 5114/2017, admitido por Auto de 21 de diciembre de 2017; recursos nº 4980/2017, 4983/2017 y 5113/2017, admitidos por Autos de 11 de diciembre de 2017; recurso nº 4789/2017, admitido por Auto de 23 de noviembre de 2017; recursos nº 2672/2017 y 3388/2017, admitidos por Autos de 30 de octubre de 2017.

Los órganos de instancia podemos navegar en el mar revuelto y tempestuoso de la incertidumbre, o bien esperar a que se amansen las aguas para avanzar dando una respuesta unitaria de seguridad jurídica e igualdad en todo el orden jurisdiccional.

### **III. Las normas procesales**

No existe en la LJCA y LEC una regulación expresa de la suspensión por este motivo. Lo más parecido es la suspensión del curso del recurso previsto en la regulación del pleito testigo o de tramitación preferente del art. 37 LJCA (pluralidad de recursos de idéntico objeto en el ámbito de un mismo Juzgado o Tribunal); o la suspensión de la tramitación de uno o más asuntos.

Por otro lado, como norma supletoria, el art. 19.4 LEC permite la suspensión del proceso hasta 60 días si las partes lo solicitan, lo que podría ocurrir si el juez se les pone de manifiesto el auto de admisión de recurso de casación que pueda afectar y no se oponen a dicha suspensión. El problema es que el Tribunal Supremo no resuelve en 60 días, y este plazo resulta insuficiente, lo que podría resolverse con nuevas suspensiones por el mismo motivo, sólo si las partes aceptan.

Lo más correcto es que el legislador introduzca una previsión de suspensión en la Ley jurisdiccional. El legislador podría aprovechar el art. 94 LJCA, actualmente suprimido (sin contenido), que está dentro de la regulación del recurso de casación para habilitar legalmente de forma expresa esta posibilidad de que los órganos judiciales de instancia puedan suspender motivadamente el curso de procedimientos que tengan una igual razón de decidir que las cuestiones de derecho sometidas al Tribunal Supremo en interés casacional objetivo.

#### **IV. La propuesta**

Ejerciendo el sano impulso de proponer soluciones, un artículo 94 LJCA que tenga un contenido similar al siguiente sería de mucha utilidad para la seguridad jurídica:

*Los autos de admisión de recursos de casación por interés casacional objetivo del Tribunal Supremo serán publicados.*

*Los juzgados y tribunales de instancia podrán suspender los procedimientos en los que se diriman controversias cuyas cuestiones de derecho dependan de la misma razón de decidir que un auto de admisión de recurso de casación por interés casacional objetivo.*

*A tal efecto pondrán de manifiesto la referencia del auto de admisión del Tribunal Supremo dando traslado a las partes de su litigio de instancia por un plazo de diez días, para que manifiesten lo oportuno.*

Esta posibilidad sería potestativa del órgano de instancia, como también lo es apartarse motivadamente, puesto que la doctrina jurisprudencial no es inamovible y se construye y corrige con la aportación de los casos que vienen desde la instancia.

Evidentemente, esto es un solamente un comentario susceptible de ser sometido a toda crítica, que tiene como propósito pensar en alto sobre una novedad en el orden de lo contencioso administrativo. Si resulta de alguna utilidad, habrá cumplido su finalidad.